

学校编码: 10384

分类号_____密级_____

学号: 13020091150226

UDC_____



硕 士 学 位 论 文

论我国引入商业判断规则的可行性
——以国有企业治理为中心的研究

On the Feasibility of the Introduction of Business
Judgment Rule into China —— A Study Focusing on
the Governance of State-owned Enterprises

陈春娇

指导教师姓名： 徐 崇 利 教 授

专 业 名 称： 法 律 硕 士

论文提交日期： 2012 年 4 月

论文答辩时间： 2012 年 月

学位授予日期： 2012 年 月

答辩委员会主席：_____

评 阅 人：_____

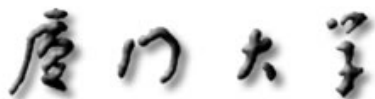
2012 年 月

学校编码: 10384

分类号_____密级_____

学号: 13020091150226

UDC_____



硕 士 学 位 论 文

论我国引入商业判断规则的可行性

——以国有企业治理为中心的研究

**On the Feasibility of the Introduction of Business
Judgment Rule into China —— A Study Focusing on
the Governance of State-owned Enterprises**

陈春娇

指导教师姓名： 徐崇利 教 授

专 业 名 称： 法 律 硕 士

论文提交日期： 2012 年 4 月

论文答辩时间： 2012 年 月

学位授予日期： 2012 年 月

答辩委员会主席：_____

评 阅 人：_____

2012 年 4 月

厦门大学学位论文原创性声明

本人呈交的学位论文是本人在导师指导下,独立完成的研究成果。本人在论文写作中参考其他个人或集体已经发表的研究成果,均在文中以适当方式明确标明,并符合法律规范和《厦门大学研究生学术活动规范(试行)》。

另外,该学位论文为()课题(组)的研究成果,获得()课题(组)经费或实验室的资助,在()实验室完成。(请在以上括号内填写课题或课题组负责人或实验室名称,未有此项声明内容的,可以不作特别声明。)

声明人(签名):

年 月 日

厦门大学学位论文著作权使用声明

本人同意厦门大学根据《中华人民共和国学位条例暂行实施办法》等规定保留和使用此学位论文，并向主管部门或其指定机构送交学位论文（包括纸质版和电子版），允许学位论文进入厦门大学图书馆及其数据库被查阅、借阅。本人同意厦门大学将学位论文加入全国博士、硕士学位论文共建单位数据库进行检索，将学位论文的标题和摘要汇编出版，采用影印、缩印或者其它方式合理复制学位论文。

本学位论文属于：

（ ） 1. 经厦门大学保密委员会审查核定的保密学位论文，
于 年 月 日解密，解密后适用上述授权。

（ ） 2. 不保密，适用上述授权。

（请在以上相应括号内打“√”或填上相应内容。保密学位论文应是已经厦门大学保密委员会审定过的学位论文，未经厦门大学保密委员会审定的学位论文均为公开学位论文。此声明栏不填写的，默认为公开学位论文，均适用上述授权。）

声明人（签名）：

年 月 日

内容摘要

随着 2009 年《企业国有资产法》的颁布，我国国有企业的治理进入了一个全新的时期。如何在放权和严格董事的治理责任间取得平衡是国有资产监管者面临的一个难题。本文认为，美国商法中商业判断规则的产生背景和我国国有企业面临的问题有诸多相似之处，或者可以为我国国有企业治理提供一个平衡责任的良策。同时我国《公司法》第 148 条关于董事“勤勉义务”的规定并不详尽，这为商业判断规则引入我国提供了一个契机，商业判断规则的引入正好可以弥补“勤勉义务”的这一缺憾。本文旨在以国有企业的治理为中心，探讨我国引入商业判断规则的可行性。

除绪论和结语外，主文共分为四章。

第一章介绍现代公司治理的趋势与我国国有企业的治理现状，通过历史分析和实证分析的方式梳理出我国国有企业公司化治理中存在的困境，并分析其原因，为我国国有企业困境的解决和商业判断规则的引入找寻初步连接点。

第二章主要介绍商业判断规则的基本架构与在国外的实践，对商业判断规则的缘起及发展、适用条件、不适用情形等作了比较详细的论述，为我国引入商业判断规则奠定概念基础，方便后文的“量体裁衣”。

第三章着重探讨我国法律引进商业判断规则的可行性，从引入商业判断规则的必要性、可行性（制度准备）、以及司法实践的现实需要等方面进行论述，最后认定我国有必要引入商业判断这一规则，且其引入具有可行性。

第四章是对我国引入商业判断规则的制度设想，分为引入路径、配套措施、具体制度设计三个方面，并在其中结合我国国有企业的特点进行论述，以期解决论文要研究的问题。

关键词：国有企业；商业判断规则；董事

ABSTRACT

With the promulgation of The Law of State-owned Assets in 2009, the governance of state-owned enterprises has entered a new period. How to balance the decentralization and strict-governance-responsibilities of the directors is a hard nut for the supervisors of the state-owned assets. The article thinks, U.S. business judgment rule in Commercial Law shared the similar background with our state-owned enterprises, so it may be a good way of balancing responsibility for the governance of state-owned enterprises. While the 148th provision of the Company Act on the directors' diligence obligation in China are not exhaustive, it is an opportunity for the business judgment rule to introduce to China to make up for the shortcoming of the obligation of diligence. This article is intended to take the governance of state-owned enterprises as a center to explore the feasibility of the introduction of the business judgment rule in China.

In addition to the introduction and conclusion, the main body of the article is divided into four chapters.

The first chapter describes the trend of the governance of modern enterprises and the present situation of the governance in our state-owned enterprises. The author teases out the plight of the governance through historical and empirical analysis, and have a research on the reasons to find the initial connection point for the solution.

In the second Chapter, the author mainly introduces the basic architecture of the business judgment rule and its practice in the foreign countries. And then the author gives a detailed description on the origin, the development, the applicable conditions and the exclusions of the business judgment rule to lay the conceptual basis for the introduction of the business judgment rule in China.

Chapter III formally explores the feasibility of the introduction of the

business judgment rule in China from the necessity, the feasibility and the practical needs of the judicial practice. The author concludes that it is necessary and feasible for China to introduce the business judgment rule.

Chapter IV is a system envisage and bold conjecture of the introduction of the business judgment rule in China, while it is divided into three aspects, such as the introduction path, and the supporting measures, specific system. In the discussion, the author combines the characteristics of state-owned enterprises in order to resolve the problems studied in this article.

Key words: State-owned Enterprises; Business Judgment Rule; Directors

厦门大学博硕

目 录

引 言.....	1
第一章 现代公司治理的趋势及我国国有企业治理现状.....	3
第一节 董事会中心主义的来源及其发展	3
一、股东大会中心主义到董事会中心主义的历史演变.....	3
二、董事会中心主义的优点.....	4
第二节 我国国有企业公司化治理困境及其原因分析	5
一、作为出资人的国有资产监管机构角色定位不明——产权不清晰、权责难明确.....	6
二、管理者决策权和股东所有权冲突，董事没有独立的经营权——政企不分、管理欠科学.....	9
第三节 解决问题的思路拓展——引入商业判断规则	11
第二章 商业判断规则的基本架构与在国外的实践.....	14
第一节 商业判断规则的缘起及发展	14
第二节 商业判断规则的适用条件	17
一、前提——实施了商业判断的事实.....	17
二、商业判断规则的构成要件.....	18
三、不适用商业判断规则的情形.....	21
第三章 我国法律引进商业判断规则的可行性探讨	24
第一节 引入商业判断规则的必要性——商业实践的需要	24
一、为职业经理人制度推行奠定基础.....	24
二、促进商业冒险，杜绝“花瓶董事”的存在.....	27
三、实现政企分开的要求.....	28
第二节 引入商业判断规则的可行性——我国《公司法》的立法准备	30

一、《公司法》中的股东诉讼制度为商业判断规则的引入创造了前提.....	30
二、《公司法》第 148 条的董事勤勉义务亟需具体化.....	32
第三节 引入商业判断规则的积极效应——可使法官回避对商业经营行为进行 实质审查.....	33
第四章 关于商业判断规则引入我国的具体制度设计.....	37
第一节 我国引入商业判断规则的路径比较及选择	37
一、采用最高人民法院公报公布的判例.....	37
二、由最高人民法院颁布司法解释.....	40
三、修改《公司法》	41
第二节 我国引入商业判断规则所需要的配套措施	42
一、强化股东知情权、完善上市公司信息披露制度.....	42
二、完善董事任职资格标准.....	44
三、完善公司内部的监督制度.....	44
第三节 我国引入商业判断规则的制度设计	46
一、是否针对国有独资公司进行单独立法.....	47
二、如何设置商业判断规则的构成要件.....	48
三、如何安排商业判断规则的举证责任.....	53
四、商业判断规则可能的条文表述及其说明.....	54
结 语.....	57
参考文献	58
致 谢.....	62

CONTENTS

Preface.....	1
Chapter 1 The Trends of Modern Corporate Governance and Current Situation of China's State-Owned Corporate Governance	3
Subchapter 1 The Origin and Development of Board of Directors Centralism .3	
Section 1 The Historical Evolution of Shareholders Centralism to the Board of Directors Centralism	3
Section 2 The Advantages of Board of Directors Centralism.....	4
Subchapter 2 The Governance Dilemma of State-Owned Corporate and its Causes	5
Section1 Unclear Role Set for Supervision and Administration Institutions of State-Owned Assets when they are Investors	6
Section2 The Conflicts of Decision-Making Managers and Shareholder Ownership when the Directors do not Have an Independent Right to Operate	9
Subchapter 3 The Solution of the Problem -- the Introduction of the Business Judgment Rule	11
Chapter 2 The Basic Structure of the Business Judgment Rule and its Practice in Foreign	14
Subchapter 1 Origin and Development of the Business Judgment Rule	14
Subchapter 2 The Applicable Conditions of the Business Judgment Rule	17
Section 1 Premise -- Real Implementation of the Business Judgment	17
Section 2 The Constituent Elements of the Business Judgment Rule	18

Section 3	The Exception of Application of the Business Judgment Rule	21
Chapter 3	Legal Feasibility of the Introduction of the Business	
	Judgment Rule to China.....	24
Subchapter 1	Necessity of the Business Judgment Rule in Commercial Practice	
	24
Section 1	Lay the Foundation for the Professional Manager System.....	24
Section 2	To Promote Business Venture and Put an End to the "Vase Directors"	27
Section 3	To Achieve the Separation of Corporate and Government.....	28
Subchapter 2	The Feasibility of the Introduction.....	30
Section 1	Shareholder Litigation System Create the Premise	30
Section 2	Urgent Specification of the Duty of Diligence in Section 148 in Company Law	32
Subchapter 3	Positive Effects of the Introduction of the Business Judgment Rule	33
Chapter 4	To Design the System when the Business Judgment Rule	
	is Introduced.....	37
Subchapter 1	Comparison and Path-Choosing of China's Introduction of the Business Judgment Rule	37
Section 1	The Jurisprudence in the Supreme People's Court Gazette	37
Section 2	Judicial Interpretation Promulgated by the Supreme People's Court	40
Section 3	Amendment of Company Law	41
Subchapter 2	Required Complementary Measures when the Business Judgement Rule is Introduced	42
Section 1	To Strengthen the Shareholders' Rights and Improve the Information Disclosure System of Listed Companies	42
Section 2	Improve the Director Qualification Standards	44

Section 3	Improve the Internal Supervision System.....	44
Subchapter 3	The Institutional Design	46
Section 1	Separate Legislation for the Practice of the Business Judgment Rule in State-owned Corporates	47
Section 2	Constituent Elements of the Business Judgment Rule.....	48
Section 3	Burden of Proof of the Business Judgment Rule	53
Section 4	Provisions and Instructions of the Business Judgment Rule	54
Conclusion	57
References	58
Acknowledgements	62

引 言

随着 2009 年《企业国有资产法》的颁布，我国已经明确了国有企业的性质，即国有企业实际上已经明确地成为由国家出资的企业，主要形式有国有独资公司、国有资本控股公司、国有资本参股公司。从《企业国有资产法》的规定来看，我国目前采用的仍旧是授权经营体制，即由国有资产监管机构、国有资产运营机构和被授权的国有全资子公司、国有控股子公司和国有参股子公司组成的三层次的运营模式。理想状态下，在这三层运营模式中，国资委^①作为出资人代表，对拥有国有资产的企业享有股东权利和履行股东职责，而国有企业的经营决策权除法律、行政法规以及章程规定外，被授予董事会行使。目前面临的问题是，在新旧制度交替的时期，代表政府行使出资人权利的国资委如何能够改变以往的监管习惯，摆正自己监管机构的位置，不多不少地承担国有资产出资者的职责，而不去无端干预国有企业的日常经营。反观国有企业自身，国资委放开国有企业的经营权后，国有企业董事会如何充分行使国有企业经营权以及如何对董事会行为进行有效监管也是不得不重点考虑的问题，这不仅关系到国有资产能否有效地保值增值，更关系到我国整体经济能否稳定发展。

面对时刻变换着的经济形势，我国作为一个新兴的市场经济国家，在摸着石头过河的过程中参考别国的经验是一个不错的选择，可以节省相当一部分社会资源。笔者经过对比发现，美国商法中商业判断规则的产生背景和我国国有企业面临的问题有诸多相似之处。商业判断规则（Business Judgment Rule，简称 BJR）被尊为美国公司法的核心准则，它表面上是用来审查公司董事、经理和控股股东是否违反谨慎职责的司法审查准则，但实际上它的适用既能保障董事决策经营权的独立性又使股东不至因董事怠惰而利益受损，从而使得公司的整体利益得到最大限度的实现。或许商业判断规则的引入可以为我国国有企业乃至全国面临治理结构改革的企业带

^① 包括国务院国有资产监督管理委员会和地方各级国有资产监督管理委员会，下文统称“国资委”。

来全新的公司治理理念，解决我国企业尤其是国有企业治理过程中面临的治理结构混乱、股东所有者职能和管理者职能相混淆等问题。至于我国国有企业与商业判断规则二者的连结点正是本文论述的中心之所在，本文拟从分析我国国有企业治理困境谈起，讨论商业判断规则制度引入我国的可行性，试观能否借引入商业判断规则的契机改善我国企业治理的混乱局面。

第一章 现代公司治理的趋势及我国国有企业治理现状

第一节 董事会中心主义的来源及其发展

在公司间竞争日益白热化的今天，一个公司治理结构上的小小瑕疵都往往会直接影响到公司的整体运作效率，因此公司治理结构的安排对公司而言相当重要。从本质上讲，公司法人治理结构的最关键问题是公司权力中心的定位问题。无论是国外公司权力中心转移的历史演变还是我国公司的实际运行情况都表明，董事会中心主义取代股东大会中心主义是市场经济发展的客观要求。

一、股东大会中心主义到董事会中心主义的历史演变

“进入十九世纪后，一些西方国家以立法的形式确立了公司设立准则，这样股东大会作为公司的最高权力机构也被确立下来。在这些设立准则中，股东大会的权力定位集中体现在：公司的董事经由股东大会选举产生；公司增资、减资和章程的修改须由股东大会批准；公司经营的重大事项由股东大会决策。在这里，董事会不拥有独立于股东大会的法定权力，其执行公司业务决策须完全依照章程授权和股东大会决议。”^①这种公司的治理结构被称为股东大会中心主义。

然而，随着二十世纪经济和科学的飞速发展，股份公司的规模和所有权分布发生了一系列变化。首先，市场经济的社会化大生产制造出来许多巨型公司，由于公司资本不断扩张，公司股权高度分散，使得由全体股东组成的股东大会变得庞大而笨拙，这种情形下的股东大会很难对公司的业务经营实施统一有效的控制。同时就股东自身的素质而言，大部分股东并不具备管理公司的知识和经验，即便是股东想管理公司也是心有余而力不足。在这种情况下，缺乏经营公司兴趣的大部分小股东，容易形成“搭便车”的心理。而一小部分掌握公司控股权的大股东此时便可以趁机掌控公司为自

^① 张开平，英美公司董事法律制度研究[M]，北京：法律出版社，1998，36。

Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to etd@xmu.edu.cn for delivery details.

厦门大学博硕